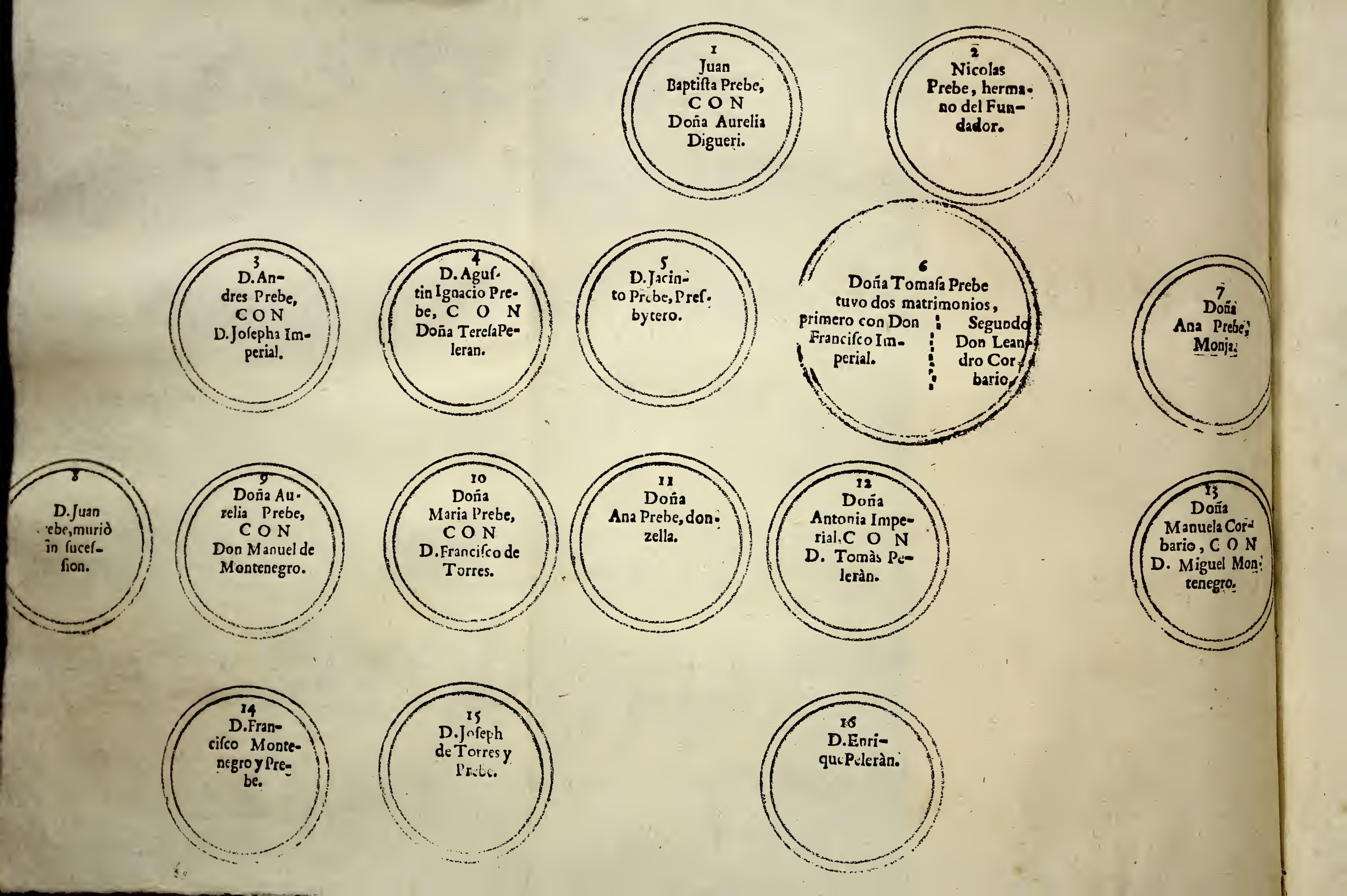

1
Juan
Baptista Prebe,
CON
Doña Aurelia
Digueri.
2
Nicolas
Prebe, herma-
no del Fun-
dador.
3
D. An-
dres Prebe,
CON
D. Josepha Im-
perial.
4
D. Agus-
tin Ignacio Pre-
be, C O N
Doña Teresa Pe-
leran.
5
D. Jacin-
to Prebe, Pres-
bytero.
6
Doña Tomasa Prebe
tuvo dos matrimonios,
primero con Don
Francisco Im-
perial.
Segundo
Don Lean-
dro Cor-
bario.
7
Doña
Ana Prebe,
Monja.
8
D. Juan
ebe, muriò
in suces-
sion.
9
Doña Au-
relia Prebe,
CON
Don Manuel de
Montenegro.
10
Doña
Maria Prebe,
CON
D. Francisco de
Torres.
11
Doña
Ana Prebe, don-
zella.
12
Doña
Antonia Impe-
rial. C O N
D. Tomàs Pe-
leràn.
13
Doña
Manuela Cor-
bario, C O N
D. Miguel Mon-
tenegro.
14
D. Fran-
cisco Monte-
negro y Pre-
be.
15
D. Joseph
de Torres y
Prebe.
16
D. Enri-
que Peleràn.

13

114



POR PARTE

DE DON FRANCISCO MONTENEGRO, SVCCESSOR DE EL MAYORAZGO QVE FVNDARON

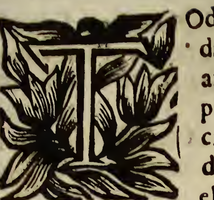
Juan Baptista Prebe, y Doña Aurelia Deigueri sus visabuelos.

EN EL PLEYTO

CON DON FRANCISCO

DE TORRES AROCA FAXARDO, DE EL ORDEN DE Santiago, como padre, y legitimo administrador de Don Joseph Antonio de Torres.

SE HAZE MEMORIA A LOS SEñORES QVE LE TIENEN visto, de los fundamentos que propusieron Don Juan de Arroyo, Don Lorenço de Ribero, Don Bernardo de Castro, Don Thomas de Castilla, y Don Fernando del Aguila sus Abogados, para que se declarasse por nula, ò rescindiesse la escritura de transaccion otorgada entre las partes, y otros interessados el año de 78. y se le mandasse restituir la Villa de Cullar, declarando ser de su mayorazgo.

N.1. Odos los fundamentos que asisten à esta parte se reduciràn à cinco discursos. En el primero se probarà, que los Fundadores hizieron vn solo mayorazgo, y solo dividieron la renta en sus dos hijos.

2 En el segundo, que aunque fuessen dos mayorazgos, todavia la Villa de Cullar debe ser para el hijo mayor, y su mayorazgo.

3 En el tercero se tratarà de la nulidad de la transaccion.

4 En el quarto, de la rescisiō y lesion que en ella huvo en perjuizio de D. Francisco de Montenegro.

5 En el quinto, se responderà à los fundamentos que se propusierō por los Abogados contrarios.

DISCVRSO PRIMERO.

6 PAra convencer que la transaccion del año de 78. fue contra la voluntad de los Fundadores, y alterò la forma, y disposicion que dexaron ordenada, quitando al hijo mayor la dignidad del mayorazgo que siempre debe residir en su linea, sin que pueda tener el hijo segundo mas que el derecho que el Fundador le diò de gozar la renta de 4ꝗ. ducados, quando el mayorazgo tuviesse diez mil.

7 Es necessario probar, que sin embargo de que esta fundacion tiene la division de la renta, es vno el mayorazgo conforme à la voluntad de los Fūdadores, y consiguientemente la dignidad de èl, debe residir en el hijo mayor, con que en la transaccion se le quitò à su linea la Villa de Cullar, y se diò á quien no le tocava; pues considerando los bienes de esta disposicion hasta los 10ꝗ. ducados de renta indivisibles, no se pudieron separar por voluntad de los succesores, y es consiguiente que los ha de tener el primogenito, y que no puede tenerlos el segundo con derecho privativo.

8 Pruebase el primero medio por voluntad expressa de los Fundadores, pues atendiendo à todo el contexto de la escritura de fundacion, se hallarà, que expressamente quieren, y fundan vn mayorazgo de diez mil ducados de renta en cada vn año en vn censo que tienen de ciento y veinte mil ducados de principal contra la Ciudad de Cartagena, impuesto con facultad Real à razon de seis por ciento, cuyos reditos desde el dia de la fundacion en adelante quieren se retengan, conserven, y guarden sin distribuirlos en cosa alguna por precissa que sea, hasta que de dichos reditos se ayan juntado cinquenta y seis mil ducados, los quales se ayan de emplear en propriedades de que puedan proceder dos mil y ochocientos ducados, los quales desde luego los agregan al dicho vinculo, y mayorazgo con los dichos siete mil y dozientos ducados; y assi constituido dizen, ibi: *Y en esta conformidad lo han de posseer, y gozar los dichos nuestros hijos: es à saber, el dicho Don Andres Prebè, los seis mil ducados de renta de el dicho censo, y el dicho Don Agustin Ignacio los quatro mil ducados restantes cumplimiento à los diez mil de este dicho mayorazgo.*

9 Igitur, por voluntad expressa, y literal de los Fundadores este es vn solo mayorazgo, porque la palabra *lo han de posseer*, no puede apelar, por ser en singular, sino sobre vn mayorazgo, y lo mismo se concibe por la palabra siguiente, cumplimiento à los diez mil ducados *de este dicho mayorazgo*, porque la palabra *este*, Latina *iste*, es en su essencia singular, y apela solo sobre vno, y en nuestro idioma Castellano vsamos de estas vozes para manifestar vna sola identidad, vn solo mayorazgo, y si en el concepto de los Fundadores huvieran querido fuessen dos, huvieran vsado de la palabra *los*, y de la palabra *estos*, con que no parece se pue de poner duda en que por su voluntad fue solo vn mayorazgo el que fundaron.

10 Este mismo concepto de vnidad de vn mayorazgo es el que manifestaron en todas las clausulas de la fundacion en que hazen mencion del mayorazgo; pues en todas vsan de la palabra *de este mayorazgo*, cuya geminacion de vozes se resuelve en manifestar expressamente, que quisieron que el mayorazgo fuesse vno solo, y no dos, es buen texto la *ley valista* 32. *ff. ad Trebellian.*

don

donde no comprehendiendose en la restitucion que el testador mandava hazer à su hijo la restitucion de frutos de su herencia, solo por la geminacion, y repeticion de estas palabras, ibi: *Quantocumque pecunia ex hæreditate de bonis meis, ad eum pervenit, eam pecuniam omnem ad coloniam Philipensium perventuram*. Resolviò el Jurisconsulto Celso, que en esta restitucion estavan comprehendidos tambiē los frutos, ibi: *Existimo etiam fructus quos hæreditate percepit, restituere eum debere, per inde, quasi specialiter, hoc testator expressisset*. Igitur, si el Jurisconsulto, porque hallò en la clausula que se le propuso repetida, y geminada la palabra *pecunia* dos vezes, fue de sentir, que los frutos medio tempore perceptos se mandavan restituir *per inde quasi specialiter hoc testator expressisset*. Si en esta disposicion es la geminacion, y repeticion de las palabras *de este mayorazgo*, tan continua que las repiten los Fundadores quantas vezes nombran el mayorazgo, parece que es vna expression formal de que quisieron expressamē te fuesse vn solo mayorazgo; y que asi el capital del censo, como los reditos que se avian de juntar aviā de hazer vn cuer po, hoc est, vn mayorazgo que tuviesse 10ꝟ. ducados de renta.

11 Es copiosissimo lugar, en prueba de lo referido, el cap. 52. del lib. 4. del señor Castillo por todo èl, donde con muchissimos Doctores resuelve, que la geminacion, y repeticion de vozes obra lo mismo que la expressa voluntad, segun lo qual es precisso se confiesse que los Fundadores quisieron fuesse solo vn mayorazgo.

12 Lo qual se convence por todas las clausulas de la fundacion, que dan à entender esta indivisibilidad en el mayorazgo, y division en la renta solamente, porque no repugna, que siendo el mayorazgo vno, è indivisible, se divida en quanto à los frutos, y percepcion de las rentas, D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 16. 21. & 24.

13 Y por esta razon los Fundadores tratando de el mayorazgo, siempre hablan de vn mayorazgo en singular, y en quanto à la renta solo quisieron la division. En el proemio dizen la conveniencia que se sigue à las familias de que los bienes *se conserven indivisibles*, y perjuizio que resulta de la division, por cuya razon se mueven à hazer este mayorazgo.

14 Clausula 8. ponen condicion, que *los bienes sobre que es fundado este mayorazgo* sean impartibles, indivisibles, &c. Notese, *que los bienes sobre que es fundado*, si no era mas que vn censo, què bienes dizen los Fundadores? Hablan de el mayorazgo de 10ꝟ. ducados de renta: luego todos quantos se comprassen hasta la cantidad hazen vn mayorazgo.

15 Clausula 6. que faltando los llamados *ha de quedar dividido, y por mitad este mayorazgo*. Luego en los llamados està vnido, integro, indivisible, è inseparable.

16 Clausula 15. *Que lo acrecentado en los bienes de este mayorazgo siga en todo la naturaleza de este mayorazgo principal*.

17 Si fueran dos no dixeran asi, porque no era razon que lo acrecentado en el mayorazgo de los 4ꝟ. ducados se lo llevasse el que posseia el de los 6ꝟ. dixeran, que lo acrecentado en cada vno siguiesse la naturaleza de el mayorazgo principal à que se acrecentasse: Ulterius *mayorazgo principal* dize tambien vn mayorazgo en quien reside la dignidad de la familia; por esto dizen los DD. que el mayorazgo por si es dignidad, noster Roxas *de incomp.* 1. *p. cap.* 12. *n.* 28. vbi Addit.

18 Luego no fue mas que vno, porque vna es la familia representada, y todos los sucessores representan solamē te al Fundador, ni porque sean muchos son multiplicables, *argum. text. in l. quædam, §.* 1. *ff. de adend.* cum alij adducta D. Pichar. *de acquir. hæred. cap.* 28. *num.* 11. D. Valencia, *illustr. tract.* 2. *cap.* 12. *num.* 13. & *tract.* 1. *cap.* 1. *n.* 6.

19 En la facultad Real que confirmò el mayorazgo, y se pidiò por los Fundadores, y se ganò despues de su muerte, como en ella se haze relacion, se dize aver hecho mayorazgo de vna parte de su hazienda de diez mil ducados de renta en cada vn año, los seis mil para D. Andres, y los 4ꝟ. restantes para D. Agustin, y aviendose insertado la fundacion, prosigue: *Suplicandome, que para que el dicho mayorazgo de los dichos diez mil duca-*

dos

dos de renta tenga la autoridad, y firmeza, &c.

20 Desuerte, que por toda la fundacion, y facultad se halla comprobado este concepto de vn solo mayorazgo, aunque divisible, en quanto à la renta. Lo qual se prueba, de que el dividir la renta de èl en Don Andres, y Don Agustin, no fue el dividir el mayorazgo, sino solo las vtilidades, y aprovechamientos de èl, como sucede en los feudos: *Quibus concessis cæperunt alia feuda minora à primis feudatarijs, vel etiam ab ipsis dictis dominis concedi, & constitui, quæ subfeuda vocata sunt*, vt constat *ex cap.1. de his qui feud. dar. poss.* & ex pluribus quos refert D.Solorç. *tom. 2. de iure Indiar. lib. 2. cap. 3. n. 18.*

21 Y este subfeudo dicitur pars feudi dominantis, nec dicetur ex toto separatum, vt ex Marino Frecia *de subfeud.* probat ipse D.Solorç. vbi sup. *nu.* 33.

22 Y esto con tal vnidad, è inseparacion, que el feudatario, y subfeudatario, pro vno reputantur inspecto stipite feudi, quod est vnum, & idem feudum licet vnus possideat directo, alius vtiliter, & vnus totum alius partem totius, neque possent dici duo feuda esse constituta ex hac sub in feudatione, cum hoc fiat gratia fructuum præcipiendorum, & commoditatis ex feudo obvenientium, non vt vnum feudum scindatur in duo.

23 Y en quanto à las personas à quien se concediò el feudo mayor, y el menor al feudatario, y subfeudatario *dicuntur vnum feudum possidere.*

24 Et eadem est Baronia licet scindatur inter plures, qui eam possideant, & ille dicitur Baro, qui obtinet caput varoniæ, *per leg. cum induceris, ff. de Religiosibus, & sumpt. fun.* vt probat Marino Frecia *de subfeud. lib. 1. q. 3. num. 28. 29. & 31.*

25 Y corriendo como corre el argumento de feudos à mayorazgos donde no se da la razon de disparidad.

26 Debemos dezir precissamente, que considerando el tronco, y la raiz del mayorazgo que en su formacion fue vno, D.Andres, y D.Agustin se han de reputar por vn sucessor, *quoad concedentes*, que fueron los Fundadores, aunque sean dos posseedores, *vnus directo, alius vtiliter, & vnus totum, alius partem totius*, y que el aver dividido la renta no constituye dos mayorazgos, *cum hoc fiat gratia fructuum percipiendorum non vt maioratus scindatur in duo*, y que serà el verdadero sucessor, *quoad concedentes* el primogenito, *qui obtenet caput maioratus*, y en parte mas principal de èl, *licet scindatur inter duos qui eum possideant.*

27 Y esta doctrina que corre en los feudos, y subfeudos por simil mas proprio, y adequado la adapta el señor D.Juan de Solorçano en el lugar referido à las Encomiendas de las Indias, que por cedula de su Magestad, que refiere està mandado no se dividan, como se avia hecho en lo passado con agravio de los Caziques, y Señores, sino que se dè la propriedad à vno, y en èl se carguen pensiones à otros, y dize en el *num. 9.* ibi: *Et ita commendatarius est veluti proprietarius dictorum indorum, sive tributorum, quæ ab illis præstantur, qui verò pensionem, vel pensiones capiunt, possunt comparari vsufructuarijs, & reliquis, qui ex alienis rebus, fructus aliquos, pensiones mercedes, reditus ve percipiunt.*

28 Y que estos que perciben estas pensiones extensivè se comparan à los principales encomenderos, & subfeudatarij, vel subcommendatarij dici, & appellari possunt, maximè cum easdem pensiones, non ab ipsis commendatarijs, sed ab ipso Rege in titulum habeant, & sub eodem prætextu, ac respectu quo ipse commendæ concedi solent, & eodem tempore duraturæ, *num.* 24.

29 Y que estas pensiones no se suelen conceder en quota parte de la encomienda, ni de sus frutos, sino en cierta, y determinada quantidad, porque si se hiziere lo contrario fuera dividir el beneficio contra la disposicion de derecho, y la encomienda contra la prohibicion de su Magestad, *num.* 44.

30 Pues si Don Agustin, y sus descendientes, aunque tengan titulo de los Fundadores para percibir la pension en cantidad cierta, y determinada de 4U. ducados de las rentas de este mayorazgo, y que este sea por el mismo respecto, pretexto, y tiempo por que se fundò en Don Andres: No tiene mas derecho que poderse extensivamente equiparar à Dõ Andres, y à su linea en quien reside la

propriedad de este mayorazgo, pudiendose intitular posseedor de èl, *utiliter* tan solamente con la subordinacion que denotan las vozes de que usan los DD. de subfeudatario, subcommendatario; por donde puede pretender dos mayorazgos con igual existencia, quando en la fundacion no es mas que vno?

31 A este vnico mayorazgo se adquiriò la Villa de Cullar, luego que se comprò, porque siendo la voluntad de los Fundadores el que con los reditos del censo de Cartagena, que estava impuesto se comprassen bienes para reintegrar este mayorazgo en la cantidad de renta que avia de tener, los quales desde luego le agregavan. Luego que D. Francisco Sanchez de Montenegro, tutor, la comprò, pagando en contado 17U400. ducados de plata, procedidos de los bienes, y efectos que los Fundadores avian dexado destinados para este empleo, y quedando deudor de los 19U500. restantes pro quibus habita fuit fides le adquiriò al mayorazgo.

32 Sin que sea de embaraço el que la compra no fue para aumento de el mayorazgo, sino para los herederos de Juan Baptista Prebe, Fundador, porque el tutor no pudo variar la consignacion que quedò hecha por la fundacion, es muy terminante el lugar del señor Salgad. *in labyr. p. 2. cap.* 24. vbi latè probat, & plura in hunc propositum congerit, sequitur Alvarez Pegas, *de inclus. cap.* 5. *num.* 317. *& cap.* 6. *nu.* 648. vbi etiam Noguer. *alleg.* 20. *num.* 33. *& seqq.* Hodiern. ad Surd. *decis.* 15. *à num.* 27. Casanat. *cons.* 40. *n.* 18. & ibi decissum testatur.

33 Y lo cierto es, que aunque en la compra no se expressò fuesse para este fin, se declarò en la informacion de vtilidad que diò la parte contraria, y interessados, y fue testigo el mismo tutor que la comprò, en la escritura de transaccion del año de 1645. como le sentò à la vista del pleyto. Y oy no se duda de este hecho, solo se pretende, que debiò quedar esta venta para el mayorazgo del hijo segundo, y esta pretension se explicò en la transaccion del año de 678. de cuya nulidad se trata; lo qual es conrra la mente de los Fundadores, y naturaleza de el mayorazgo.

34 Lo primero, porque siendo solo vn mayorazgo, y Don Francisco posseedor de èl, siguese como por necessaria consequencia, que la jurisdicion, señorio, y vassallage de la Villa, le toca, y pertenece à Don Francisco, como primogenito de los Fundadores, por estar vnida, y agregada al mayorazgo que en èl fundaron, y comprada con su dinero.

35 Esta proposicion es cierta, y junto con lo que està dicho se prueba por las tres causas, ò razones que refiere la *l. 2. tit.* 15. *p.* 2. que son por razon natural, por ley, y por costumbre, porque todas militan en este caso, pues no se duda que Don Francisco es el hijo primogenito de los Fundadores, y en quien hâ recaido los derechos, y prerrogativas de la primogenitura que nos refiere el *cap.* 21. *de los Numeros*, & in *dict. l.* 2. *vbi glos.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 2. *& cap.* 11. Gomez *in l.* 40. *Taur.* noster Roxas 2. *p. de incompatibil. cap.* 2. *à num.* 2. vbi alij, y nadie duda, ni puede dudar que qualquiera dignidad ha de residir en el primogenito, sino es que aya contraria voluntad de los Fundadores, D. Salcedo latissime *in theatr. hon. glos.* 32.

36 De la agregacion de la jurisdicion, no se puede dudar sin nota de temeridad, aviendo clausulas repetidas de los Fundadores, en que dispusieron, que las propriedades que se comprassen hasta tener el mayorazgo 176U. ducados que redituassen 10U. ducados de renta, desde luego quedassen agregadas, y vnidas al mayorazgo. *Clausul.* 5. ibi: *Desde luego los agregamos al dicho vinculo, y mayorazgo.* Et num. 15. *Que lo acrecentado en los bienes de este mayorazgo siga en todo la naturaleza del mayorazgo principal*, videndi sunt præter alios specialiter Nicol. Garcia *de Benefic. p.* 12. *cap.* 2. *à num.* 7. *cum Glos. in cap. & temporis* 16. *q.* 1. vbi, que la agregacion es en tres maneras, vna por incorporacion, otra accessoriamẽte, otra q̃ que principaliter, & noster Roxas 4. *p. cap.* 5. *à num.* 35. vbi, que la agregacion por incorporacion es la mas fuerte, porque lo que se agrega se haze vn cuerpo con lo agregado, taliter, que no se puede separar.

37 Este genero de agregaciõ es el que hizieron los Fundadores de los bie-

bienes que quisieron agregar al mayorazgo, porque en la *clau.8.* formalmente quieren que los bienes sobre que lo fundan sean inseparables, è indivisibles. Vea pues, la parte contraria à que especie de agregacion de las otras referidas, quiere aplicar la que se contraxò por la compra de esta jurisdicion, y todas quantas se hizieren hasta cumplir la renta de los 10ᵭ. ducados.

38 Porque si quiere que sea por incorporacion: luego el señorio se agregò al mayorazgo, y se hizo vn cuerpo inseparable con èl, y siendo cosa honorifica, y de dignidad, debetur primogenito, si quiere que la agregacion sea accessoria; ya dizen los Fundadores por la *clau.15.* que siga en todo la naturaleza del mayorazgo principal consiguientemente debetur primogenito en quien reside el mayorazgo, si quieren que la agregacion sea æque principaliter, demas, que repugna à la mente de los Fundadores, era necessaria disposicion separada que governasse la sucesion de lo agregado, aliter, si se govierna por el mayorazgo principal es accessoria, igitur, como à primogenito de qualquiera forma toca, y pertenece la Villa à D. Francisco de Montenegro, en quien reside la dignidad de este mayorazgo.

39 Esta incorporacion, ò vniõ de la jurisdicion con el mayorazgo, en virtud de la voluntad del Fundador, obrò tales efectos, que aunque el hijo segundo que avia de llevar del mayorazgo de 10ᵭ. ducados, los 4ᵭ. de renta, tenga parte en la renta de èl, no la puede tener en la jurisdicion, que como cosa honorifica es del primogenito, y esto obra la incorporacion de derecho, como se prueba de el texto en la *l. in rem actio*, *§. Siquis rei suæ, ff. de rei vindic.* donde notan los DD. que la parte que se vne con el todo, aunque sea agena queda del dueño principal *nam si statuæ meæ brachium alienæ statuæ addideris, non potest dici, brachium tuum esse: quia tota statua vno spiritu, vel vna elementatione continetur.*

40 Luego estando la jurisdicion vnida, è incorporada al mayorazgo principal, y hecha vn cuerpo con los demas bienes, y con el censo principal en que se constituyò el todo de este mayorazgo, no se puede dezir es de el hijo segundo, ni se puede quitar al primogenito, y consiguientemente aunque tenga interesse à la renta el segundo no le puede tener à la jurisdiccion, y denominaciõ que toca al mayor, aunque dèmos que le tenga al interesse, ò emolumentos, *vt in dict. l. ait consultus, §. In omnibus*, ibi: *In omnibus igitur istis casibus, in quibus mea res per prævalentiam alienam rem trahit meam quæ efficit, si eam rem vindicem per exceptionem doli mali cogas, pretium eius quod accesserit dare.*

41 Ni es del caso que el hijo segundo tenga parte en las rentas, para que de aì se infiera, que la aya de tener en la dignidad del mayorazgo, y jurisdiciõ: *Plerumquè evenit* (dize Vlpiano *in l. 11. §. 20. ff. de leg. 3.*) *multorum interesse, id, quod relinquitur, verum testatorem vni voluisse honorem habitum, & hæc est sententia Marcelli verissima.*

DISCVRSO SEGVNDO.

42 INfierese de lo que se ha fundado, que aunque se considerassen dos mayorazgos, era precisso, que la jurisdiccion de Cullar fuesse de D. Francisco de Montenegro. Lo primero, porque considerandola vnida al mayorazgo de que ha de llevar D. Francisco como primogenito mayor porcion, y Don Joseph Antonio la menor restante, se hallan en Don Francisco muchas razones para ser preferido en la denominacion, y señorio.

43 La primera, porque en la representacion de la familia de los Fundadores, de que aora se trata, es el mas digno, *argument. text. in l. Procurator, C. de ædendo, Gloss. in Auth. si quis in aliquo, C. eod. l. fin. ff. de fide instrum.* ibi: *Semper seniorem iuniori; semper amplioris honoris, inferiori: semper marem fœmina; ingenuum liberto præferemus.*

44 La segunda, porque demas de ser cosa sentada que la jurisdiccion pide por su naturaleza ser indivisible, y averse de regir, y administrar por vno solo por los inconvenientes que se siguẽ de lo contrario, y assi el dominio de ellas no puede residir en ambos successores cõtra la disposicion de derecho, como lo no-

notò Fabro *in suo Cod.tit.*43.*defin.*1.*à n.*9. & latius probat Add. ad nostrum Roxas *de incomp.*2.*p.cap.*5.*n.*30.

45 Sequitur, q aviendose de dividir serà solo en quanto à la commodidad, y emolumentos, mas no en quanto al derecho de nominacion, y prerrogativas, que estas se deben reservar al primogenito, no solo por las razones referidas, sino tambien porque es mayor participe, *ex text.in l.quidquid, ff.de acquir.rer.domin.§. Cum partes*, donde siguiendo la doctrina de el Jurisconsulto Casio al que tiene la mayor parte en la cosa que no se puede dividir, le toca la denominacion de dueño de ella.

46 Y que sea mayor participe Don Francisco de Montenegro, ò se considere el mayorazgo, ò sola la jurisdiccion, no parece es hecho disputable, porque en la renta siempre ha de llevar vna tercia parte mas que el segundogenito, y si se atiende solo à la Villa, y jurisdiccion, corre lo mismo, porque si en el censo de Cartagena baxados los reditos de las legitimas quedan tres mil ducados de renta, y estos incobrables, es precisso que por otros tres mil tenga derecho à la jurisdicion, y que D.Joseph Antonio de Torrestēga derecho por menos

47 Y si ambos successores deben concurrir en la renta del censo, y de la jurisdiccion, para llevar cada vno su porcion prorrata de lo que vno, y otro rentare, siempre es mayor porcionista el primogenito, y assi debe ser preferido en el derecho, y denominacion, tanto en el censo, como en la jurisdiccion.

48 Esto es en caso que ambos successores tengan igual derecho, y concurran à las rentas, cada vno à cobrar: el mayor seis, y el menor quatro, que es quanto se puede conceder à la otra parte, y bien contra derecho (como dirèmos despues) y en este caso todavia se debe preferir à el dicho D.Francisco, porque assi en el censo, como en todos los demàs bienes que se fueren adquiriendo, y consiguientemente en la jurisdiccion, siē pre tiene mayor parte el hijo mayor, y su linea, y menor parte el segundo, y la suya; pues nunca se puede dezir, que la jurisdicion, ò otros qualesquier bienes privative, son del segundo mayorazgo; porque si oy no huviera mas que el censo de Cargena, en èl dirà Don Joseph Antonio que tuvo, y ha de tener su porcion: luego tambien D.Francisco ha de tener la suya en los demas bienes.

49 Y esto se infiere de las palabras de los Fundadores, en que dan al hijo mayor los 6ꝟ.ducados, y al menor los 4ꝟ. restantes en el censo. Y si en el censo que avia les consignan æqualiter ad suam portionem à ambos su renta: luego en los bienes que despues se comprassen ambos deben æqualiter concurrir.

50 Y esto dize la palabra *restantes*, que haze vnion de la summa de los quatro con el todo, *vt ex l.*2.*C.de hæred. instit.*notant DD.relati à Vela *dissert.*42. *num.*73. Y assi en qualesquier bienes ha de llevar parte el primogenito, porque assi como quedò à ambos consignado el censo, deben estar los demàs bienes afectos à ambos mayorazgos, de otra suerte no podian llevar porciones, conforme lo dispuso por los Fundadores, mayor el primogenito, y menor el segundo, vt patet per se.

51 Mas dezimos, que el hijo segundo no puede tener mayorazgo, ni renta alguna hasta que el hijo mayor tēga el suyo cumplido, y de seis mil ducados de renta: en esto (que se debe atender mucho, porque con este fundamento se sale del pleyto) no ay duda alguna, atendiendo à que los Fundadores señalaron los quatro mil ducados de renta, quando el mayorazgo fuesse de diez mil, vt patet ex verbis, *claus.*5.ibi: *Y en esta conformidad lo han de posseer, y gozar los dichos nuestros hijos: es à saber el dicho Don Andres Prebe los* 6ꝟ.*ducados de renta del dicho censo, y el dicho D.Agustin Ignacio Prebe los* 4ꝟ. *ducados restantes cumplimiento à los diez mil de este dicho mayorazgo.*

51 Luego no aviendose cumplido esta condicion, ni aviendo llegado el caso de tener el mayorazgo, no los diez, pero ni aun los seis mil para el hijo mayor, porque oy todo no llega à quatro mil ducados con lo que tenia la jurisdicion; no puede el hijo segundo pretender parte alguna en dicho mayorazgo, ni en los bienes, y rentas de èl.

53 Ni es de consideracion alguna, si le dixere, que respecto de tener am-

ambos vna misma consignacion, y averlos juntado los Fundadores en la disposicion, tanto en la cantidad de diez, como tambien en las palabras, dexando fundado el mayorazgo, ò mayorazgos de aquella cantidad, para ambos hijos deben correr vna misma fortuna, prorrateando lo que huviere entre los dos, sin que pueda llevar el hijo mayor parte, sin que el segundo la lleve, idque ex vi coniunctionis inter eos, argum. *l. is qui* 80. *ff. de legat.* 1.

54 Nam respondetur, que en los legados, ò fideicommissos de cantidad, no se dà, ni se puede considerar entre dos legatarios, ò fideicommissarios, aunque sean de vna misma suma este genero de coniuncion Real que el derecho considera en los legados de especie, vti explicat Duaren. *de iur. acresc. lib. 1. cap. 7. circa medium*, ibi: *Et probabiliorem existimo opinionem eorum, qui putant, nullam hic coniunctionem esse, quasi summæ diversæ singulis legatæ sint, argum. l. huiusmodi, §. Quibus, de leg. 1. nam enumeratione personarum videtur summa divisa esse, per inde ac si testator singulis legasset quinquè, l. cui fundus, ff. de condit. & demonstr.* & præterea probatur ea opinio, *ex l. eum qui* 56. *ff. de verb. oblig. l. si quis* 78. *in princip. ff. de legat.* 1. *l.* 7. *ff. de leg.* 2. *l. qui duobus* 23. *ff. de cond. & demonstr.*

55 De que se infiere, que nunca concurren en la suma, y asi cada vno lleva su parte conforme la voluntad de el Testador, que si dexò igualmente à vno seis, y à otro quatro, se prorrateará entre ambos lo que huviere, vt notantur *in dict. l. is qui* 80. *ff. de leg.* 1. & tradit Gom. 1. *var. cap. nu.*

56 Mas si de vna suma dexò à vno vna porcion, y à otro la cantidad restante, ò lo que quedasse, ò el residuo, en este caso primero debe llevar su porcion el primer legatario, y si queda algo serà para el segundo, y si no queda no valdrà la manda, ò legado; porque en esta forma de disposicion se reconoce que el Testador quiso llevasse el primero legatario enteramente su legado, y el segundo lo que quedasse, *l. item vt Sazinus* 17. *§. Sed si, ff. de hæred. inst.* ibi: *Ex reliqua parte hæres esto: quoniam, cum nihil reliquum sit, ex nulla parte hæres institutus est, l. qui non militabat* 76. *cum seqq. ff. eod. l. ex vncijs* 85. *ff. eod.*

57 Optime D. Vela *dissert.* 42. *num.* 72. vbi ait: *Quibus plane significatur primo ex testatoris bonis legatum illud vxoris, deducendum esse, & in cæteris bonis, quæ deducto eo super essent, quamcūque aliam dispositionem eius consistere: hæc enim est vis Verbi reliquum, vel residuum, & si vniversali signo non esset adiunctum.*

58 Y es comun entre los DD. por estos principios, que el recibo de cātidad *restante*, ò *de resto*, es finiquito, por suponerse pagada toda la cantidad, notant relati à Balmaseda *de collect. q.* 102. *à num.* 8. vbi D. Olea, Cyriac. Gutierr. Fontan. & alij.

59 Y es tan cierto esto, que como quiera que el segundo legado se mande pagar de la cantidad *restante*, ò sea legado de cantidad cierta, ò absolutamēte del *resto*, ò del *residuo*, no puede subsistir si la cantidad se consume en el primero legado; en el vltimo caso no tiene duda, porque si es el legado del residuo, y no ay residuo, no es de efecto alguno la manda, ex ratione text. *in l.* 74. *§.* 1. *ff. de legat.* 1.

60 En el primero caso se podia dudar, si dexando de diez seis à vno, y los quatro *restantes* à otro, no aviendo mas que seis para el primero, si el legado valia en los quatro, y en esta questiō que es la del caso del pleyto, defienden los DD. que solo puede subsistir la disposicion á favor del segundo en lo que quedare pagado el primero de los seis que se le dexaron enteramente, fue esta doctrina de Alex. *cons.* 216. *lib.* 7. *num.* 3. *y* 4. à donde se le propuso esta especie, y se dudò si de los mil ducados de que el Testador mandò, que con los 600. se fundasse vna memoria, y los 400. *restantes* se le diessen à su muger, no avia mas que 800. como se debia dividir esta cantidad entre la memoria, y el legado? Y fue resolucion suya, que la memoria avia de llevar los 600. cabales, y lo que quedava la muger, *& num.* 4. prosequitur, ibi: *Nec obstat si diceretur quare etiam non debet fieri par detractio de primo legato* 600. *ducat. relictorum pro dote Capellæ de dictis mille ducatis? Quia respondeo, quod illa verba testatoris apposita in vltimo legato dum dixit testator:* Lego vxori 400. duc. restantes ex mille ducatis quos, &c. *Ostendunt mentem testa-*

toris fuisse quod istud secundum legatum solveretur, de eo quod restaret de dicta summa, mille ducat. deductis 600. hoc enim importat verbum; restantes, sequuntur Alexandrũ, Card. Tusch. *pract. conclus. litt. R. conclus.* 255. *num.* 4. *&* 11. Joann. Baptista Costa, *de portione rat. quæst.* 163. *num.* 4. *& per totam.*

61 Todos son lugares terminantes para el caso presente, pues si el Fũdador quiso se hiziesse mayorazgo de diez, los seis para el hijo mayor, y los quatro *restantes* para el hijo segundo, no puede llevar este cantidad alguna hasta que el mayor tenga los seis, y solo podrà pedir conforme à la voluntad del Fundador lo que restare baxados los seis.

62 Y esto es tan corriente, que aunque el mayorazgo huviesse llegado à tener la perfeccion de los 10ᵭ. ducados de renta, y despues se disminuyessen, qualquier baxa siẽpre debia ser en perjuizio de los sucessores en los 4ᵭ. ducados, y no de los sucessores en los 6ᵭ. porque aquellos siempre entran à posseer renta que resta pagada la primera, y vienen à ser fructuarios de lo que quedare, *argum. text. in l. fideicommissi* 3. *§. Non nunquam, ff. de usur. & fruct.* de quo ad rem videndus est noster Roxas 5. *p. de incompatib. cap.* 6. *à num.* 69. *usque ad finem, cap. ubi in simili, ita resolvit.* Y el sucessor en el mayorazgo de los seis mil ducados siempre debe ser el primero en la cobrança, porque se presume el predilecto, para lo qual es elegante el text. *in l. generaliter, §. Proinde. ff. de fideicom. libert.*

63 En cuya especie se le hizo à vno vn legado, & fuit rogatus plures servos manumittere, y al tiempo del legado en el concepto del Testador, y del legatario avia bastante en la quantidad del legado para redimirlos à todos, despues por los accidentes de el tiempo se diminuyò el legado, de forma, q̃ en su valor no avia lo bastante para la libertad de todos; dudòse si en este caso cogẽdus erat legatarius quosdam manumittere, y se resolviò que debia manumitir aquellos cuyo precio de su libertad cupiesse en la quantidad del legado.

64 Y despues se dudò quien avia de señalar, y determinar quales de estos esclavos avian de ser preferidos para ser admitidos al beneficio de la libertad que esperavan, si el heredero, ò el legatario? Y por evitar sospechas de afecciones particulares, se determinò que la prelacion se avia de regular por el orden de la escritura, y si de esta no constasse, se avian de considerar los meritos, y el que fuesse mas benemerito, respecto del Testador, este era el que debia gozar del beneficio de la libertad.

65 Pues si en la mente, y concepto de los Fundadores los bienes, y efectos que dexavan para reintegrar estos mayorazgos eran bastantes, y los accidentes del tiempo variaron este concepto de forma que no se pudo cumplir en todo, si no solo en parte, este beneficio del cumplimiento en esta parte à quien se le debiò adquirir? Parece que indubitablemente à la linea de Don Francisco Montenegro, por el orden de la escritura en la fundacion del mayorazgo, por mas benemerita en la afeccion de los Fũdadores, por la qualidad de primogenita, cuyas prerrogativas hazen ser mas afectuosamente atendida de los padres, *ex l.* 2. *tit.* 15. *p.* 2. eleganter ad rem Cald. *de nomin. emphyteut.* 3. *p. de pot. elig. cap.* 11. ferè per totum maximè *à num.* 11. *& numer.* 21.

DISCVRSO TERCERO.

66 YA tenemos fundado el derecho de Don Francisco de Mõtenegro, que siendo vn solo mayorazgo, ò considerandose dos, ĩn vno, & altero casu, le toca, y pertenece la jurisdicion de la Villa de Cullar, que de orden de los Fundadores, y como administrador de sus bienes comprò D. Francisco Rocco Sanchez de Montenegro, y quedò agregada al mayorazgo, è incorporada con el censo, sin que pueda considerarse por medio alguno, que esta jurisdicion pueda tocar al mayorazgo de los quatro mil ducados, ni à Don Joseph Antonio de Torres, ni que en tiempo alguno aya tenido derecho à ella; porque no aviendo llegado el caso de su segundo mayorazgo, por faltar la rẽta de diez mil ducados que mandaron los Fundadores, y especialmente quando se comprò esta jurisdicion, en cuya ocasion, aũ-

que el censo de Cartagèna tenia noventa y cinco mil ducados, como para pagar la Villa fue precisso se vendiessen los bienes de las legitimas de Doña Tomasa, y Doña Ana Prebe, hijas de los Fundadores, se cargaron veinte y dos mil ducados à favor de las susodichas en el censo, para que cobrassen reditos de esta cãtidad, con que solo quedò el censo en setenta y tres mil ducados.

67 Y fuera de que no estando cumplida la renta de los seis mil ducados del mayorazgo de Don Francisco, fuera bien particular que se comprasse la Villa para el hijo segundo; lo mas particular es, que quiera Don Joseph, aviendose (en el efecto) pagado los veinte y dos mil ducados del censo de Cartagena, que dize es la consignacion del mayorazgo de Don Francisco, que se presuma se comprò para su mayorazgo con el dinero de estotro, y que le toca la Villa, no aviendo tenido subsistencia su mayorazgo entonces, ni tenerla aora, faltando el complemento de los diez mil ducados de renta.

68 De que resulta precissamente la nulidad de la escritura de transaccion del año de 1678. en quanto por ella se pactò en perjuizio del mayorazgo de Don Francisco. Lo primero, que de las rentas de que se avia de formar arca se le diessen dos mil ducados cada año: y à Don Joseph Antonio, sucessor del mayorazgo de quatro mil, se le diessen mil y quinientos.

69 Que à los interessados en las legitimas de los veinte y dos mil ducados les quedasse el derecho de percibir reditos de tres mil quinientos y setenta y cinco ducados que montaron los veinte y dos mil, y reditos que se les debian atrassados.

70 Que la Villa de Cullar desde luego fuesse de Don Francisco de Torres, como marido de Doña Maria Prebe, sucessora del mayorazgo de los quatro mil ducados, y esto por causa de que la consignacion del primero mayorazgo era solamente en el censo de Cartagena. Y aver clausula en la fundacion para que en los bienes que se comprassen fuesse preferido el que huviesse tomado antes la possession.

71 Tot errores, & errores conspicui, quot penè dixerim verba, si el censo es del primero mayorazgo, por què se le quitan treinta y cinco mil setecientos y cinquenta ducados para dar la Villa al segundo?

72 Si la Villa se le dà al segũdo mayorazgo desde luego, para que es el arca, y la intervencion en las rentas del primero mayorazgo?

73 Si los catorce mil ducados, poco menos, son reditos que se deben à los interessados de los veinte y dos mil ducados de las legitimas, porque se hizieron presentes, y existentes, vniendolos con el capital para que produxessen reditos de reditos, cargandolo todo en el censo de Cartagena?

74 Y finalmente, si no ay tal clausula en la fundacion, ni se avia tomado possession de esta jurisdicion por el segundo mayorazgo; como se supuso que el Fundador dixo avia de preferirse el que posseyesse, y que posleia el segundo? no pudiendo aver tal clausula, porque quando los Fundadores murieron no estava comprada la Villa, pues dichos Fundadores murieron el año de 634. y la cõpra fue el de 641. como consta del pleyto, y del memorial de clausulas dado por el Relator.

75 Estas son las conveniencias, y vtilidad que de este contrato tuvo Don Francisco de Montenegro, y todavia siendo tã claras iniquidades, adhuc, se pretende fue valida la transaccion contra tantos principios juridicos como pueden ponderarse contra los pactos referidos.

76 Lo primero, porque siendo la jurisdicion del mayorazgo primero, aunque el sucessor huviesse hecho la transaccion, no podia subsistir, no dudandose que los posseedores de bienes vinculados no pueden por acto alguno perjudicar à los sucessores, y mucho menos largar los bienes por medio de contracto voluntario, como es la transaccion, de quo latissimè Valeron *de transact. tit. 4. q. 2. à n. 6.*

77 Y aunque se dudasse si la jurisdicion era de aquel mayorazgo, ò del otro, de qualquier manera fue nula, vt tenet Dom. Molin. Castill. Larrea, quos

quos sequitur Valeron, vbi supr. n. 15.

78 Y assi como el mismo sucessor del mayorazgo no pudo transigir, es cierto que su padre, y administrador legitimo en su nombre, tampoco pudo otorgar semejante contracto, vt in specie tenet Vrceol. *de transact. q. 16. à n. 12. cum seqq.*

79 Y en nuestro caso corre con mas evidencia la resolucion, porque Don Manuel de Montenegro, padre de Don Francisco, no podia exercer las acciones del mayorazgo de su hijo, por no tener la administracion conforme à la *clausul. 16.* en que los Fundadores privan de vsufructo à los padres todas las vezes que sucediere en el mayorazgo algun hijo de familias, ex traditis à Salced. *in Theatr. hon. glos. 50. à nu. 85.* & Add. ad Roxas *4. p. cap. 3. à num. 98.* Luca *de plural. legal. cap. 86.*

80 Concurre con el defecto de personas legitimas que tampoco puede subsistir esta transaccion, porque la causa que se supuso en todo fue falsa: Lo primero, se diò à entender, que tocava la jurisdicion al segundo mayorazgo, no tocando sino al primero, y no pudiendose dar caso en que sea la jurisdicion vnicamente del segundo mayorazgo, aunque tuviesse el primero sus seis mil ducados de renta cabales, porque siempre debia quedar la denominacion para el hijo mayor, como se probò en el *primero discurso.*

81 Y aunque se pudiesse dezir, que ambos hijos llamados à este mayorazgo de diez mil ducados de renta, tienen derecho à todos los bienes que se compraren para ellos, no se puede negar en este caso que el primogenito tiene eleccion para tomar los bienes que quisiere para su mayorazgo, porque el derecho le dà esta facultad, y en terminos de dos mayorazgos, quando el hijo mayor tiene obligacion de dexar al hijo segundo vno de ellos; la eleccion es suya por la *l. 7. tit. 7. lib. 5. Recopil.* ibi: *El hijo mayor que en las dichas dos casas, assi juntas por via de casamiento podia suceder, suceda solo en vno de los dichos mayorazgos el mejor, y mas principal, qual èl quisiere escoger.*

82 Esta facultad que la ley del Reyno dà en este caso al primogenito, se funda en la disposicion de derecho, por la qual el primogenito en concurso de sus hermanos à los bienes de sus padres tiene eleccion para tomar su legitima en los mejores, de quo Balthas. Thom. *tract. 4. de legitim. tit. 4. num. 150. cum seqq.* maximè *num. 158.* videndus Lara *lib. 1. de Capellan. cap. 7. num. 43.* D. Salgad. *3. part. labyr. cap. 15. à num. 48.* Cevall. *quæst. 340.* Hermosill. *in l. 3. glos. 6. à num. 101. tit. 4. part. 5.* Tiraquell. *de primogen. quæst. 60.* Jul. Capon. *tom. 2. discept. 112. num. 69.* si no es que el padre les dexò señalados los bienes conforme à la disposicion de la *l. 3. tit. 6. lib. 5. Recopil.* de qua DD. Regni, & præter eos pluribus relatis Pegas *de inclus. cap. 5. num. 154. & 182.* y esta facultad es transmissible en el hijo mayor, vt docet Angulo *in dict. glos. 4. num. 2. in novis.*

83 Supuesto lo referido, tambien fue nula la transaccion, porque el motivo en quanto por ella se le quitò al primogenito la jurisdicion fue falso, porque se supuso tocava, ò podia tocar al segundo mayorazgo, y assi la escritura fue nula, y de ningun efecto, *argum. text. in l. cum putarem 36. ff. famil. hercisc. non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit, l. si post divisionem 4. C. de iur. & fact. ignorant.* D. Salgad. *4. part. cap. 1. à num. 90.* Valeron *tit. 6. q. 3. à nu. 1.* Faxard. *alleg. 43. n. 132.* D. Olea *tit. 8. q. 1. n. 5. vers. Similiter.*

84 Y esto mismo corre, aunque para esta transaccion huviera intervenido facultad Real, porque siendo falsa la causa que movia al Principe, no podia tener subsistencia, *l. 36. tit. 18. part. 3.* Mieres *de maioratib. 1. part. quæst. 3. num. 6.* Valeron *tit. 4. quæst. 2. num. 16.* D. Larrea *alleg. fiscal. 91. à num. 1.* Add. ad Molin. *lib. 4. cap. 9. num. 33.* porque de qualquiera manera el acto que se haze con el supuesto que es aparente, y se opone à la verdad, es nulo, optime D. Salgado *in labyr. 2. part. cap. 10. num. 21. & 22.* & in terminis transactionis *dict. 3. part. cap. 1. num. 89.* videndus est D. Gregor. *in l. 21. tit. 1. part. 6. glos. 4.* & Add. ad Roxas *de incompatib. part. 5. cap. 6. num. 174.* & in speciali casu Cravet. *cons. 989. num. 59. vers. De testamento,* Mastrillo *decis. Sicil. 190. num. 21. & 22.* Censal. ad Peregrin. *de fideicom-*

commiss.art.19.vers.Quantùm verò,ad tertium,fol.mihi 26.col.1. ibi: *Quantum verò ad tertium articulum vt confessio illa in instrumento transactionis sive divisionis facta, minus valeat praeiudicare, quia res in iure aliter se habebat, & testamentum, & codicilli aliter disponebant, quam fuisset super praedicta primogenitura conventum, atque dispositum ideoque omnino veniat revocanda ac contractus rescindendus, &c.* videndus omnino, & Balth.Thom.*tract.8. de primogen. tit.de error. & fals. caus. cap.2. sub num.2.*

85 Con que sola esta falsa causa expressa en el cap.6. de esta transaccion como final, la anula, y vicia la adjudicacion que en ella se hizo à Doña Maria Prebe de la jurisdicion, por averse fundado en vna confession voluntaria de las partes, que demas de oponerse à la fundacion, fue sin conocimiento; y assi no pudo perjudicar à los sucessores del mayorazgo principal, videndus Menoch. *cons.91. per totum, maximè num.55. 56. & 57.*

DISCVRSO QVARTO.

86 De lo dicho en el discurso antecedente se convence el perjuizio que se le siguiò à Don Francisco de Montenegro, y à los sucessores del mayorazgo de la transaccion referida, pues aunque mas se quiera esforçar la pretension de la parte contraria, no se hallará que en toda ella resulte conveniencia alguna à esta parte, y que el fin de averla hecho fue quitar al mayorazgo del hijo mayor, no solo el derecho que tenia en la jurisdition de Cullar, sino tambien aquello mismo que llanamente se confessò era suyo, y le pertenecia.

87 Y en esta conformidad en el censo de Cartagena se le cargaron los treinta y cinco mil ducados de las legitimas, y se hizo arca de las rentas, para que de ellas percibiesse solos dos mil ducados, y Don Francisco de Torres mil y quinientos, y se le diò la jurisdicion al segundo mayorazgo, que esta consta le cōprò en treinta y siete mil ducados de plata doble.

88 Respecto de lo qual, como quiera que se considere la lesion que de la transaccion se siguiò al mayorazgo de el dicho Don Francisco, no solo fue enorme, si no enormissima, y re ipsa fue el cōtracto doloso, y totalmente perjudicial al dicho mayorazgo.

89 Y no es dudable que esto solo bastava para rescindirla, y mandar se le restituyesse à Don Francisco de Montenegro à lo menos la jurisdicion de Cullar, y rentas que huviere percebido la parte contraria, porque sin embargo de la comun controversia, si en la transaccion se puede considerar lesion conforme à la *l.2.C.de rescind.vendit.*

90 Lo cierto, y seguro es, que quando la lesion es enormissima, y el perjuizio tan patente como en esta, nadie ha dudado que la anula, aunque se huviesse otorgado con facultad Real, y estuviesse jurada, vt praeter alios docet Fajardo *2.part.allegat.43.à num.182. ad 188.* vbi latè probat ex Barbos. Hermosill. Pinel. Capic.Latr. Cyriac. Olea, Valeron, & alijs, quibus iungendi Add. ad Molin. *lib.4.cap.9.num.33. & num.34. vsque ad 37.* à donde siguen por mas segura, y practicable esta opinion, ibi: *Circa praedicta vera, & recepta sententia est quod remedium, l.2. C. de rescind. vendit. locum habet quando adest laesio enormissima habito respectu ad dubium litis eventum, seu actionis valorem,* latissimè idem tenet alibi Fajard. *alleg.33.à n.369.*

91 Concurre en este caso ser la lesion in vtroque casu, vel habito respectu ad dubium litis eventum, vel ad actionis valorem, porque como por la transaccion se le quitò al primogenito el derecho claro que tenia, y se ha ponderado en los discursos antecedentes, y por otra parte no se halla que se le diesse cosa alguna, queda patente la lesion por todos medios; en que no nos detenemos, por ser tan claro que no necessita de prueba.

DISCVRSO QVINTO.

92 Contra todo lo que se ha propuesto por Don Francisco de Montenegro, se opusieron por

los Abogados de Don Francisco de Torres algunas objecciones, que aunque no necessitavan de respuesta, sin embargo, porque no quede razon de dudar, procurarèmos dar satisfacion á ellas con la mayor brevedad que fuere possible.

93 Lo primero se opuso, que no podia ser vno el mayorazgo que en sus dos hijos fundaron Juan Baptista Prebe, y Doña Aurelia Digueri, porque siendo fundacion de marido, y muger, por su naturaleza se divide, y debe juzgar por dos mayorazgos, ex doctrina D. Gregor. *in l.2. glos. El mas propinquo, q.15. tit.* 15.*p.2.*

94 Respondese, que quando por las palabras de los Fundadores se colige quisieron que los bienes estuviessen vnidos, y fuessen indivisibles, no se puede entender quisiessen hazer dos mayorazgos, y se tiene por vna la fundacion, vt omnibus relatis videre est in Add. ad Roxas *de incompat.*8.*part.cap.*3.*num.*7. 8. *& 9.*

95 Opusose lo segundo, que quando no fuesse, por ser dos los Fundadores, basta que sean dos los llamados, simul, y no successivè, para que se tengan por dos mayorazgos.

96 Respondemos, que aunque sean muchos los llamados, como à la naturaleza del mayorazgo repugna la division, vt notat noster Roxas *de incompatibil.*5.*part.cap.*4.*num.*15. *&* 16. cum Molin.*lib.*1.*cap.*3.*num.6.* todas las vezes que se pudiere se han de conservar los bienes indivisibles, aunque sean muchos los llamados, vt in casu disputat idem Roxas, & ibi Add. 5.*part.cap.*4. *num.*22. *& per totum.* Y en el caso de este pleyto ay decision literal, y expressa, de qua testatur Cabed.1.*part. arrest.*97. vbi ita Hispane: *Vn testador dexò dos herederos, à cada vno la mitad de su hazienda, con obligacion, que cada vno le mandasse dezir vna Missa cada semana con vn Responso sobre su sepultura.* Y prosiguiò assi: *Y serà obligado cada vno à cumplir en la parte que le cupiere para siempre; y con este cargo andaràn en sus herederos de su generacion por linea derecha para siempre en cada vna parte juntamente. Fue juzgado por el Juez, y por la relacion de la Casa de lo Civil, que estos bienes quedassen en cabeça de vno de los herederos, y se partiessen por estimacion: en la Chancilleria, y Casa de suplicacion se determinò, que no se partiessen, y que quedassen precipuos como mayorazgo en el hijo mayor.*

97 Opusose lo tercero, que por el testamento, y codicilos de los Fundadores se dà à entender fueron dos mayorazgos, y la decision referida es buena para en caso de duda, que no ay en el presente en que los mismos Fundadores hizieron division de los bienes, dando à vn hijo seis mil ducados, y à otro quatro mil.

98 A que respondemos lo primero, que por el testamento del Fundador no se dà à entender division del mayorazgo, sino de la renta; y por esta razon entra diziẽdo tiene fundado *vn mayorazgo*, y pone obligacion al hijo mayor que ha de suceder en los seis mil ducados de cierta memoria cada año, y al hijo segundo llamado al mayorazgo de quatro mil ducados de ciertas Missas. Y en el codicilo, aunque llama *mayorazgos* en plural, se debe entender en quanto à la renta. Y en el testamento de la Fundadora, aunque dize èl mayorazgo de seis mil ducados. Y el *otro mayorazgo de quatro mil* no es de atender, porque, ò se deben explicar estas palabras como las antecedentes, ò no se deben atender, por ser otorgado el testamento por Deodato Imperial, en virtud del poder que tuvo para hazer el dicho testamento, y no las pronunciò la Fundadora. Y el mismo Deodato Imperial despues en la suplica para la Facultad Real hizo la relacion conforme à la fundacion.

99 Demàs, que las palabras de estos instrumentos son meramente relativas, como de ellos mismos consta, y assi tienen su subsistencia en el instrumẽto à que se refieren, text. est *in l. si quis sub conditione, ff. vt legatorum, l. à se toto, ff. de hæredit. instit.* es excelente lugar para el intento el de Pareja *de instrum. ædit. tit.*7. *resolut.*9. *maximè à num.*30. Dom. Castill. *lib.*7. *de tertijs, cap.*5. *à num.*8. *& lib.*4. *cap.* 43. *à num.*36. *& lib.*3. *cap.*15. *à num.*38. à donde se hallarà latissimamente fundado, que la verdad del instrumento referente se concibe, y verifica del contenido

do del instrumento relato, y aunque và-rie en la relacion se debe interpretar por èl.

100 Y mucho mas quando las palabras no son dispositivas, que es en el caso que dichas por los Fundadores podian tener alguna fuerça, si tenian reservada la facultad de disponer, Alvarez Pegas *de inclus. cap. 5. n. 136. & seqq.*

101 Opusose lo quarto, que el censo de Cartagena quedò consignado para el mayorazgo de seis mil ducados, de que se sigue, que todo lo demas que se adquiriesse avia de ser para el mayorazgo de los quatro mil ducados del hijo segundo, y assi la Villa, y jurisdicion de Cullar nunca pudo entenderse comprada para el primero mayorazgo.

102 En esta opinion se falta al hecho que resulta de la fundacion, y demas autos. Lo primero, porque el censo de Cartagena igualmente se consignò tanto para el primero, como para el segundo mayorazgo, *claus. 5. al fin. & claus. 7.* ibi: *El qual dicho censo, que assi damos à los dichos nuestros hijos en este dicho vinculo, y mayorazgo, se lo cedemos, damos, y transferimos con todos los derechos, y acciones reales, y personales, directos, y executivos, para que sea suyo proprio, con las condiciones, y gravamenes de este dicho mayorazgo, y suceda en èl cada vno en lo que le toca, y despues de ellos sus hijos, &c.*

103 Lo segundo, porque quãdo se comprò la Villa, aun no estava cumplida la renta de los seis mil ducados en el censo. Y faltavan cinco mil ducados de principal.

104 Lo tercero, porque para la compreda de la Villa se cargaron en el censo los veinte y dos mil ducados de las legitimas, por la escritura del año de 45. antes de averse otorgado la escritura de venta, y despachò titulo en forma, por que aunque la compra fue el año de 41. en los años siguientes huvo diferentes pleytos sobre las rentas Reales de la Villa hasta el año de 45. y fenecidos para pagar lo que se debia se hizo la escritura de transaccion. Y assi es sin controversia, que en la jurisdicion tiene mas parte Don Francisco de Montenegro, porque se comprò con el mismo censo, que se pretende era consignacion de su mayorazgo, y cessa la consideracion que se haze de contrario.

EN QVANTO A LA PRETENSION de Don Enrique Pelerán, y Don Miguel Antonio de Montenegro.

105 A Esto se opone por parte de Don Enrique Peleran, en quien concurre el derecho de las legitimas de Doña Ana, y Doña Tomasa Prebe, que respecto de este interesse se ha opuesto à este pleyto, coadjubando el derecho de la observancia de la transaccion, à que dezimos, que de averse pagado los veinte y dos mil ducados con las legitimas de las susodichas, quedando subrogadas en el censo de Cartagena, no resultò à favor de Don Francisco Imperial, ni de Doña Tomasa Prebe su muger, ni de los que oy representan su derecho mas que vna accion personal para cobrar los reditos de las legitimas, *ex text. in l. licet 7. C. qui potior, in pign. hab. leg. 30. tit. 13. part. 5.* D. Castillo *lib. 3. cap. 8. num. 22.* plures referens Acosta *de privileg. hæredit. regul. 2. ampl. 5.* pero no accion alguna hipotecaria, ni la consignacion que hizieron sobre las rẽtas de Cullar la supone, *ex text. in leg. fin. §. fin. ff. de contrah. emption.* Dom. Salgad. *labyr. p. 1. cap. 10. n. 7. cum seqq.* D. Olea *de cess. iur. tit. 6. q. 8. n. 11.*

106 Y estos los han estado, y estàn cobrando, sin que se les aya puesto embaraço alguno, con que el aver salido à este pleyto, ò es solo por aumentar el numero de litigantes, ò por el interesse que tienen en que se conserve la transaccion del año de 78. por la vtilidad que indebidamente tienen por ella en grave perjuizio de Don Francisco Montenegro, pues importando los reditos de las legitimas mil y cien ducados, por averse minorado estos à seiscientos por la transaccion del año de 50. en la del año de 78. se pactò, que respecto de que en los veinte y siete años y medio que avia durado la minoracion de alimentos, avian importado los quinientos ducados que se avian dexado de pagar trece mil sete-

cientos y cinquenta ducados, cuyos re-ditos en cada vn año eran ſiete mil ſeiſcientos y ſeſenta y dos reales, eſtos trece mil ſetecientos y cinquenta ducados ſe avian de cumular à los veinte y dos mil ducados del principal de las legitimas, y por todo ſe les avian de pagar en cada vn año diez y nueve mil ſeiſcientos y ſeſenta y dos reales, cargando ſobre los doze mil reales que legitimamente eran los reditos de las legitimas los ſiete mil y ſeiſcientos y ſeſenta y dos reales que ſe cõſideran reditos de los reditos de ellas, contra text. *in l. final, C. de vſuris.*

107 Y aunque Noguer. *alleg.* 11. *à num.* 182. *& alleg.* 32. *num.* 51. con muchos que refiere Hermoſill. *in l.* 10. *tit.* 1. *part.* 5. *gloſ.* 4. *num.* 284. y otros tienen que ex intereſſe calculato, iamque redacto in capitale, deberi aliud intereſſe, quoniam de eo iudicatur æquè ac ſi foret ſors, ex quibus ita Guzman *de evict.* *q.* 59. *n.* 17.

108 Sin embargo, la mas ſegura opinion, aun en terminos de derecho comun, es, que de intereſſe calculato, & redacto in ſortem non debetur intereſſe, ita D. Larrea *deciſ.* 84. *per totam*, vbi ita iudicatum refert in hac Chancellaria.

109 Y la opinion de los que por derecho comun tuvieron que el intereſſe calculado podia producir intereſſes, hablan en los terminos de la *ley qui negotiationem* 58. *§. Quæſitum, ff. de adminiſtr. tutor. l. idemque, §. Procurator, ff. mandat. l. ſocium qui in eo, ff. pro ſocio*, donde los intereſſes ſon aprobados por la ley; pero quando no ſon aprobados por la ley, ſino ſolamente introducidos por pacto de las partes, entonces corre la diſpoſicion de la *ley fin. C. de vſuris*, vbi nullo modo licere cuiquam vſuras præteriti temporis, vel futuri, in ſortem redigere, & earum iterum vſuras ſtipulari, & ita tenet D. Franciſco Geronimo de Leon *lib.* 1. *deciſ.* 13. *n.* 8. *verſ. Nec iſtis obſtat.*

110 Y como quiera que ſea por la diſpoſition del derecho comun, por la de nueſtro Reyno no es licito, *ex l.* 13. *tit.* 18. *lib.* 5. *Recop.* vbi prohibitur, que los intereſſes de la primera feria entren en la ſuerte principal para cauſar otros intereſſes en la ſegunda, y los de la ſegunda en la tercera, y aſsi en las demas, vbi Narbona *gloſ.* 2. *à num.* 33.

111 Con que no ſiendo ciertos eſtos intereſſes, y aviendoſe percibido, y cobrado, en que no ſe duda han cobrado deſde la tranſaccion del año de 78. haſta de preſente ciento y ſiete mil dozientos y ſeſenta y ocho reales, que eſtos ſe les deben imputar en quenta de los treze mil ſetecientos y cinquenta ducados del tiempo de la minoracion, y quedarà deudor Don Franciſco de Montenegro ſolamente de quarenta y tres mil noveeientos y ochenta y dos reales, *ad text. in cap. noſtram, de emption. & vendition. cap. illo vos de pignoribus, &c.*

EN QVANTO A LA TRANSACCION.

112 OPonen vltimamente, que la tranſaccion del año de 78. ſe debe obſervar por averſe otorgado por todos los intereſſados, con informacion de vtilidad, y decreto judicial, y aprobacion de la Sala.

113 Y porque no fue mas que ſeñalar bienes para el ſegundo mayorazgo, y que eſto ſe pudo hazer, D. Solorç. *de iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 59.

114 Y mas quando no eſtava perfecto, y completo el mayorazgo, y no ſe podia dezir verdaderamente la juriſdicion vinculada à favor de eſte, ò de aquel mayorazgo del hijo mayor, ò hijo ſegundo, es caſu, & deciſsione relata per D. Caſtill. *lib.* 4. *cap.* 35. *à n.* 32.

115 Reſpondemos lo primero, que eſta tranſaccion ſe otorgò con informacion de vtilidad dada por parte de Don Joſeph Antonio Prebe, y los demas intereſſados, en que no ſe tratò palabra de la juriſdicion de la Villa de Cullar, con que para el punto de que oy ſe trata no ay informacion, ni decreto.

116 Ni tampoco eſta ſolemnidad quitar los remedios reſciſſorios que hemos propueſto contra ella, aunque huvieſſe intervenido facultad Real, videndi Noguer. *alleg.* 32. *num.* 197. & 198. Add. ad Molin. *lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 32. *verſ. Limitatur ſecundo*, & ibi Maldonad. *num.* 33. Alvarez Pegas *ad Ord. Portugal.* *tom.*

tom.2. ad Regim.Senat. §.39. cap.2. num. 59.

116 Ni obsta tampoco el decreto de la Sala, porque aunque por èl se aprobasse la transaccion, demas, que no quita los remedios de nulidad, y rescission propuestos, respecto de aver sido provisional, y sin conocimiento de causa en juizio contradictorio, no obrò efecto alguno, ad rem Fajardo *alleg.* 43. §. 1. *num.* 135. ex Valeron *tit.* 1. *quæst.* 6. *à n.* 6. Hermosill. *in l.* 6. *tit.* 5. *part.* 5. *glos.* 4. *à num.* 96. Altograd. *controvers.* 23. *à num.* 24. *ad* 27. *&* 36. y es tan cierto esto, que aunque la transaccion estuviesse confirmada por Decreto Real, no le dava validacion alguna, Carvallo *de vna, & alter a quarta,* 2. *part. num.* 371. ibi: *Confirmationem verò in forma communi non sufficere, dico, quia cum hæc fiat sine causæ cognitione, nihil adijcit validitatis, actui, cui accedit,* & præter alios adducit D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 7. Cabed. *decis.* 2. *n.* 2. *p.* 2. Avend. *in l.* 42. *glos.* 3. *num.* 1.

117 Y porque no tiene duda alguna que solo el Principe supremo puede confirmar semejantes contractos en materia de bienes vinculados, y de mayorazgo, porque es de reservatis Principi, probat specifice Alvar. Pegas *ad Ord. tom.* 2. *ad Regim. Senat.* §. 39. *nu.* 48. *&* 49. *glos.* 96. *cap.* 4.

118 Y mucho mas en el caso presente, quando la transaccion es entre dos que pretenden la jurisdicion, como vinculada, porque no se puede verificar que sea vtil la transaccion, respecto del que queda sin la jurisdicion, optimè D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 9. *n.* 26. Valeron *tit.* 4. *q.* 2. *n.* 31.

119 No obsta la replica del lugar del señor Solorçan. supra citatus, *& in Polit. Ind. lib.* 3. *cap.* 15. *fol.* 349. *vers. Pero si no estuviessemos*, con que se quiere dar à entender, que esta no fue transaccion, si solo vn genero de composicion, en que se señalò al segundo mayorazgo la jurisdicion de Cullar, para la percepcion de sus quatro mil ducados, y este genero de divisiones està aprobado, como defiende el señor Solorçano.

120 Porque se responde, que esto se entiende quando la transaccion se haze sin fraude, ni perjuizio del mayorazgo, vt ipse D. Solorç. advertit.

121 Y quando es in casu permisso, vtpotè cum retentione rei super qua transigitur, porque entonces como no se siga perjuizio al mayorazgo podrà subsistir, docet ad rem Valeron *tit.* 14. *q.* 2. *num.* 14.

122 Præterea, D. Solorç. loquitur, de la division de los limites de el feudo, ò encomienda entre los posseedores, y este es pacto, y convenio personal, que solo podrà subsistir por la vida de los posseedores, aunque sea sine consensu domini, mas no valdrà en perjuizio de los sucessores, vt per se est notum, & probat *l.* 2. *C. res inter alios acta.*

123 Tambien tienè facil respuesta el lugar del señor D. Juan del Castillo, de quo videndus est Valeron *d. tit.* 4. *q.* 2. *n.* 36. vbi comprobat, que en aquel caso tuvo subsistencia la transaccion en que el hijo mejorado en el tercio, y quinto se obligò en los bienes señalados para èl à pagar el censo impuesto por su padre despues de la mejora, aunque irrevocable, sin que para esto se necessitasse de facultad Real, porque la duda era sobre el valor de los bienes, si excedia, ò no la cãtidad que le podia tocar por dicho tercio, y quinto, respecto del caudal que el padre avia dexado, in qua controversia indubitari iuris est, que el hijo mejorado està obligado à las deudas, como los demas herederos del padre, quia melioratio 3. & 5. semper refertur, & habet considerationem ad bona, quæ super sunt tẽpore mortis meliorantis, *l.* 77. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* notant DD. relati ab Olea *tit.* 2. *de cession. iur. q.* 7. *à nu.* 17. Add. ad Rox. *de incompat.* 1. *p. cap.* 13. *à n.* 7. *& p.* 5. *cap.* 6. *à n.* 107. *ad* 120. & expressa *lex* 21. *Tauri*, ibi: *Y por las otras* (deudas) *que despues parecieren, sean obligados los tales mejorados à las pagar prorrata de la dicha mejora.* Y assi no oponiendose à la transaccion lesion alguna, por averse obligado el hijo à mas de lo que le tocava; quid mirum? que tuviesse subsistencia; y assi dezimos, que no es aplicable à nuestro caso aquella decission que refiere el señor Castillo, porque alli estava bien claro, que aun en los bienes vinculados subsistia la hipoteca de el

tenso; y en nuestro caso no se duda que en la jurisdicion subsista el mayorazgo de Don Francisco, y hasta estar cumplidos los seis mil ducados de renta de este, no se podia, ni puede dezir tiene derecho alguno el mayorazgo segundo. Salva, &c.

Lic. D. Juan de Arroyo Guerrero.

Lic. D. Bernardo de Castro y Azevedo.

Lic. D. Lorenço de Ribero.

Lic. D. Thomas Ximenez de Castilla.

Lic. D. Fernando Alphonso del Aguila.